

ADAM SULIKOWSKI

Uniwersytet Wrocławski

KONSTITUCJONALIZM WOBEC „ZEMSTY
POSTMODERNIZMU”

Korzystając z faktu, że niniejszy tekst ma szansę ukazać się w tomie „pozjazdowym”, postanowiłem nadać mu formę nieco odmienną od tej, w którą włączam teksty przeznaczone do bardzo oficjalnego „obiegu” naukowego. Zjazdy katedr bowiem są zdecydowanie wyjątkowymi imprezami naukowymi, nastawionymi przede wszystkim na integrację środowiska; specyficzne są też lokalne reguły dyskursu czy raczej wymogi stylu zjazdowego, które skorelowane są z celami tego rodzaju wydarzeń — uwagi i twierdzenia formułowane w ramach zjazdów mają zwykle charakter bardziej ogólny, mniej specjalistyczny, dotyczą często stanu danej dyscypliny, wyzwań, które przed nią stoją w związku z nowymi tendencjami i zmianami społecznego otoczenia. Jednocześnie, co zwykle nie prowadzi do sprzeczności, zjazdowe wypowiedzi mają zwykle mocno autorski charakter, są nastawione na wartościujący dialog, mają charakter bardziej ekspresyjny niż codzienna naukowa twórczość, dość mocno uwikłana w pozytywistyczne postulaty niezaangażowanego opisu.

Wpisując się w zjazdowe obyczaje a jednocześnie mocno nawiązując do tematyki tegorocznego spotkania polskich teoretyków i filozofów prawa, które koncentrowało się wokół kwestii polityczności prawoznawstwa, chciałbym podjąć w niniejszym tekście zagadnienia związane z sytuacją, w której znalazł się ostatnimi czasy konstytucjonalizm. Oczywiście termin ten jest bardzo wieloznaczny. Analitycznie zorientowani badacze podkreślają, że bywa używany w nowoczesnej praktyce oraz refleksji naukowej w co najmniej trzech znaczeniach¹ — jako doktryna (myśl, idea) związania władzy konstytucją czy szerzej — jakąś formą częściowo

¹ *Leksykon prawa konstytucyjnego* wyróżnia aż sześć znaczeń, akcentując te, które są szczególnie ważne dla poszukiwań dogmatycznoprawnych: konstytucjonalizm jako zasada ustrojowa postulująca oparcie funkcjonowania państwa na pisanej konstytucji, jako pewna idea, koncepcja, czy wręcz wiara „treściowo zbliżona do powyższej zasady, ale niebędąca typową zasadą ustrojową”, jako całościowy kształt norm prawnoustrojowych zawartych w tekście konstytucji, jako fakt posiadania konstytucji, jako nauka o konstytucji bądź jako konstytucyjność. *Konstytucjonalizm*, [hasło w:] *Leksykon prawa konstytucyjnego. 100 podstawowych pojęć*, red. A. Szmyt, Warszawa 2010, s. 197–198.

przynajmniej niezależnych od władzy normatywów, jako ukształtowana społecznie forma tego związania bądź też jako dyskurs (od oświecenia mocno unaukowany) funkcjonujący wokół zagadnień władzy i jej obowiązków. Jak zauważa teoretyk hiszpański M. Atienza, „konstytucjonalizm może oznaczać zjawisko oraz sposób, w jaki owo zjawisko jest konceptualizowane, a także proces zmiany, która ma miejsce w prawie lub jego materializację w myśli prawniczej”².

We współczesnej refleksji konstytucyjnej, zdominowanej zwłaszcza w Europie przez dogmatyczną naukę prawa konstytucyjnego, dominuje przekonanie, iż najważniejszym aspektem konstytucjonalizmu jest pewna praktyka ustrojowa. Pojęcie konstytucjonalizmu, jak zauważa rodzimy konstytucjonalista,

służy do scharakteryzowania systemu politycznego państwa, w którym dyskrecyjna władza państwowa jest ograniczona przez pewien zbiór norm prawnych o zasadniczym znaczeniu dla egzystencji jednostki, oraz że ów zbiór norm przyjętych i stosowanych w obrocie prawnym stanowi źródło zobowiązań do zapewnienia gwarancji wolności i praw ludzkich. Konstytucjonalizm jest stanem w zakresie stosunków wewnątrzpaństwowych powstałym w wyniku unormowania tych stosunków przez konstytucję (ustawę zasadniczą) lub ekwiwalentne unormowania mające moc podobną do konstytucji³.

O ile praktyka wydaje się najważniejsza, o tyle podkreśla się również ideologiczny wymiar konstytucjonalizmu, rozciągając to miano na filozofię fundującą praktykę⁴. W ramach niniejszego tekstu będę preferował rozumienie konstytucjonalizmu jako dyskursu, czyli zorganizowanej i opartej na pewnych regułach (a także mitach i założeniach) praktyce mówienia i pisania o państwie, władzy czy prawie; w dodatku praktyce, która mocno kształtuje swój własny przedmiot. Jak zauważa w swojej monografii dyskursu D. Howarth, „dyskursy konstytuują świat społeczny i polityczny [...] służą do [...] kształtowania podzielanych wyobrażeń i sensów zgodnie z określonymi celami”⁵. Przez lata starałem się zajmować krytycznymi badaniami dyskursów prawnych, ze szczególnym uwzględnieniem dyskursu konstytucyjnego. Filozoficznoprawne zastosowania teorii dyskursu, czy nieco w stylu S. Kaźmierczyka — dyskursu o dyskursie, mocno odbiegają od jej tradycyjnych zastosowań.

O ile pierwotne podejście językoznawcze, czyli lingwistyczna analiza dyskursu, koncentruje się na badaniach nad tekstem pisanym oraz opisem strukturalnym dyskursu (jest to podejście formalistyczne, w którym dyskurs bada się jako

² M. Atienza, *Konstytucjonalizm, globalizacja i prawo*, artykuł publikowany w serwisie RPO, <http://www.rpo.gov.pl/pliki/12421353110.pdf> (dostęp: 1.03.2017).

³ W. Wołpiuk, *Instytucja konstytucjonalizmu a prawo konstytucyjne*, [w:] *Instytucje prawa konstytucyjnego w dobie integracji europejskiej. Księga jubileuszowa dedykowana prof. Marii Kruk-Jarosz*, red. J. Wawrzyniak, M. Laskowska, Warszawa 2009, s. 146.

⁴ U.K. Preuss, *Demokracja i konstytucjonalizm*, „Res Publica Nova” 1996, nr 3, s. 63 n.; A. Pułło, *Idea konstytucjonalizmu w systemie zasad prawa konstytucyjnego*, „Przegląd Sejmowy” 1996, nr 5, s. 19–21; K. Complak, *Zasada konstytucjonalizmu w prawie porównawczym i przyszłej konstytucji RP*, „Acta Universitatis Vratislaviensis. Prawo” 1997, t. CCLVIII, s. 41.

⁵ D. Howarth, *Dyskurs*, przeł. A. Gąsior-Niemiec, Warszawa 2008, s. 15.

strukturę językową i zasadniczo nie uwzględnia się procesualnych oraz kontekstualnych elementów zachowań językowych), o tyle na gruncie filozofii prawa dominują odmienne podejścia, określane niekiedy jako podejście socjologiczne oraz krytyczne. Przywiązują one zasadniczą wagę do kontekstu, w jakim dyskurs się rozgrywa oraz akcentują jego procesualność. Różnica między socjologią a krytyką dyskursu dotyczy głównie ich celu (choć współcześnie różnica ta znaczy coraz mniej) — socjologowie dążą do eksplanacji, krytycy zaś do oceny dyskursów, ukazania fundujących je sprzeczności, diagnozowania niekorzystnych oddziaływań danego dyskursu i niebezpieczeństw związanych z jego funkcjonowaniem⁶. Krótko mówiąc — krytycy zajmują się tłem, czyli przyczyną oraz społeczną ceną dyskursu — jego skutkami. Jak zauważa B. Jabłońska, krytyk

nie tylko opisuje i wyjaśnia interesujące go zjawiska, lecz także przyjmuje postawę aktywnego rzecznika i obrońcy tych, którzy podlegają działaniom ukrytej, często nieświadomionej władzy przybierającej formę przemocy o charakterze symbolicznym. Inaczej mówiąc, badacz przyjmuje określone stanowisko i prezentuje swój punkt widzenia, który nie jest wolny od wartościowania, co nie jest bynajmniej słabą stroną tak rozumianej analizy⁷.

Krytyk zakłada bowiem, że podstawową cechą „dyskursu jest tworzenie konsensu, akceptacji i legitymizacji dominacji”⁸. Podejście krytyka wpisuje się w to, co L. Kołakowski określił mianem filozofii błazeńskiej. Jej celem jest swoista antyteologia — ośmieszanie i delegitymizacja mitów, założeń, reguł i praktyk dyskursywnych w duchu heretyckiego i zaangażowanego relatywizmu⁹. To właśnie filozofię krytyczną, czasem utożsamianą z podejściami postmodernistycznymi, starałem się uprawiać, biorąc na warsztat przede wszystkim dyskurs konstytucyjny. Dziś jednak coraz mocniej dociera do mnie świadomość „ubocznych” skutków popularyzacji krytycznej relatywizacji. Użyta w tytule niniejszego tekstu metaforę „zemsty postmodernizmu” zaczerpnąłem z tytułu zamieszczonego w „Krytyce Politycznej” tekstu autorstwa Jakuba Dymka. Najlepiej zdefiniować ową „zemstę”, posługując się cytatem:

W ciągu ostatnich dekad teorii krytycznym i akademii udało się zdekonstruować wiele pojęć i sensów. Skutecznie poddano krytyce instytucje nowoczesnego państwa, pokazując że służą zawsze interesowi jakiejś grupy osób i są naturalnym produktem swoich czasów i ograniczeń. Poddano krytyce różne rodzaje wiedzy i systemy, które chciały do statusu obiektywnej wiedzy aspirować [...] Oczywiście, intelektualnie był to wysiłek chlubny, poznawczo bardzo owocny [...]. Problem w tym, że nikt nie przypuszczał, co się z niego wyrodzi, gdy po wnioski wszystkich Foucaultów, Butler i Wacquantów sięgną faceci, którzy mają odwrotny do większości autorek i autorów wektor poglądów, a przy władzy aplikują je z subtelnością kowalskiego młota. [...] Jeśli rzeczywistość jest tworzona przez wiedzę, a wiedza przez władzę, to *ergo* cała rzeczywistość jest tworzona przez

⁶ B. Jabłońska, *Krytyczna analiza dyskursu: refleksje teoretyczno-metodologiczne*, „Przegląd Socjologii Jakościowej” 2, 2006, nr 1, s. 57.

⁷ *Ibidem*, s. 58.

⁸ *Ibidem*, s. 61.

⁹ L. Kołakowski, *Kapłan i błazen. Rozważania o teologicznym dziedzictwie współczesnego myślenia*, [w:] *idem, Nasza wesola apokalipsa. Wybór najważniejszych esejów*, Kraków 2010, s. 62.

władzę. Wracamy do nagiej polityki [...]. Oczywiście, jak każda farsa, i dzisiejsza zemsta post-modernizmu [...] czyni z oryginału karykaturę. Feminizm nie walczył z dyskryminacją kobiet po to, by na zasadzie analogii „ruchy obrony mężczyzn” broniły prawa do seksistowskich napaści werbalnych jako „wolności słowa spętanej polityczną poprawnością”. Twórcy nowoczesnej laickości nie wymyślili jej jako zachęty do rozbierania kobiet na plaży z burkini. Historyczki nauki i socjologowie wiedzy nie po to poddawali krytyce metodę naukową, by poseł Liroy zwalczał szczepionki, a Maciej Giertych ewolucję. Teoretycy mediów i badaczki dyskursu nie po uwypuklili problem obecnych w mediach uprzedzeń i skrzywienia ideowego, by prostowali je ludzie, którzy nie wierzą w globalne ocieplenie. [...] Wczorajsi konserwatyści dziś dekonstruują tak, że Judith Butler w tandemie z Jacquesem Derridą płoną ze wstydu. [...] Straszna to zemsta¹⁰.

„Zemsta postmodernizmu”, co oczywiste, musi szczególnie boleć tych, którzy utożsamiają się z teorią krytyczną. Nie chciałbym jednak skupiać się na analizie własnego (ewentualnego, jak na razie) kryzysu twórczego, lecz na kwestiach dużo ważniejszych — na skutkach owej zemsty dla dyskursu konstytucyjnego. „Zemsta” jest jednym z aspektów zjawiska określanego mianem powrotu rewolucyjnego konserwatyizmu, eksplozji prawicowego populizmu czy szerzej — kryzysu liberalnej demokracji; aspektem, co należy podkreślić, niezwykle ważnym dla prawoznawstwa i praktyki stosowania prawa. Jak wskazywałem w innym tekście, antyliberalna prawica zrobiła w praktyce dobry użytek z metod krytycznych pomysłanych przecież jako skrzynka z narzędziami dla działalności emancypacyjnej i lewicującej¹¹. Konserwatywni krytycy skutecznie podważyli te elementy prawoznawczego mainstreamu, które wydawały się utrwalone i odporne na zmiany, dzięki regułom profesjonalnych dyskursów, w tym dyskursu konstytucyjnego.

Niewątpliwie w ostatnich dekadach (zwłaszcza w okresie, który w swoim błędnym mniemaniu F. Fukuyama określił mianem końca historii) doszło do zasadniczej petryfikacji reguł dyskursu konstytucyjnego. Jak pisałem w wielu wcześniejszych pracach, powołując na poparcie tej tezy wiele argumentów¹², konstytucjonaliści skupili się na podkreślaniu jedynie słusznego charakteru demokracji liberalnej i legitymizacji prawa tworzonego przez sądowe organy eksperckie na podstawie specyficznych dedukcji. Prawo konstytucyjne jest przedstawiane jako obiektywny i zasadniczo wolny od politycznych uwikłań efekt działalności eksperckiego kompleksu doktrynalno-sądowego; tak pojmowane prawo w oczywisty sposób kępuje siły polityczne, które według *communis opinio* konstytucjonalistów powinny godzić się z ograniczeniem swojej roli niejako na podobieństwo rozsądnej jednostki, która godzi się na opór ze strony sił przyrody. Element demokratyczny ogranicza

¹⁰ J. Dymek, *Zemsta postmodernizmu*, <http://krytykapolityczna.pl/kraj/dymek-zemsta-post-modernizmu/> (dostęp: 29.12.2016).

¹¹ A. Sulikowski, *Afirmatywna amnezja i konserwatywni crits. Kilka uwag o kondycji krytycznej myśli prawniczej w Europie Środkowej i Wschodniej*, „Archiwum IVR” 2014, nr 1 (8).

¹² Por. A. Sulikowski, *Konstytucjonalizm a nowoczesność. Dyskurs konstytucyjny wobec tryumfu i kryzysu moderny*, Wrocław 2012; *idem*, *Trybunał Konstytucyjny a polityczność. O konsekwencjach upadku pewnego mitu*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 4; *idem*, *Konstytucja, system, hegemonia: „(anty)polityczna” funkcja argumentów systemowych w orzecznictwie konstytucyjnym*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2016, nr 104 i powołana tam literatura.

się tutaj do legitymizacji *status quo*, ewentualnie do aktu wyborczego, który może, ale nie musi doprowadzić do zmiany pewnych elementów w materii prawa (w dodatku tylko tych, które nie zostały uznane przez prawników za niezmiennalne). Szczególną rolę w podtrzymywaniu dyskursywnych reguł odgrywają sądy konstytucyjne. Ich zadaniem jest neutralizacja i sakralizacja pewnej relatywnie spójnej politycznej wizji porządku prawnego, która jest wizją mainstreamowych elit (w swoistym sprzężeniu — płynie od wyobrażeń niektórych przedstawicieli elit i wpływa, czyli jest internalizowana, przez grupy identyfikujące się jako elity)¹³. Mówiąc innymi słowami, funkcją sądu konstytucyjnego jest prowadzenie niepolitycznej polityki, podejmowanie decyzji o charakterze nadzorczym i zarządczym zgodnie z pewną wizją rozumu i racjonalności, której socjologicznym zapleczem są elity. Opisując to w kategoriach Habermasowskich, można powiedzieć, że TK dostarcza pewnego surogatu translacji założeń i reguł realnego konsensusu w obrębie elit (jest to oczywiście konsens mocno hegemoniczny, daleki od ideału powszechnego porozumienia) do postaci, w której te reguły są zrozumiałe dla administracji sterowanej przez władzę i ekonomii sterowanej przez pieniądź¹⁴.

„Zemsta postmodernizmu” jest niewątpliwie reakcją krytyczną na ten stan rzeczy. Oczywiście wykorzystanie przez populistów metod krytycznych jest związane z tym, że zostały one niejako zaakceptowane przez mainstream, dopuszczone do głosu, a przy tym ich relatywistyczne żądło wykazało swoją skuteczność w de-legitymizacji dogmatów.

Gdy idzie o teorie wyjaśniające mechanizm samej populistycznej reakcji, przekonujące wydają mi się dwie argumentacyjne linie eksplanacyjne. Pierwsza jest mocniej związana z politologią i filozofią polityczną, z koncepcjami Ch. Mouffe i E. Laclau. Wyjaśnienia tej pary autorów cieszą się ostatnio dużą popularnością, również ze względu na to, że w pracach wydanych ponad trzydzieści lat temu dość precyzyjnie przepowiedali oni głęboki kryzys demokracji liberalnej, ekspansję populizmu oraz emocjonalnej polityki. Według Mouffe i Laclau zjawiska

¹³ Jak pisze socjolożka krytyczna H. Dębska o polskim TK: „Podwójną prawdę Trybunału wspierają i podtrzymują przede wszystkim struktury językowe. Oznacza to, że społeczne budowanie wiary, a więc legitymizacji jest wpisane w obiektywność języka, w tym przypadku w kody binarne dzielące świat na *sacrum/profanum* i wywodzące się z tego podziału pary opozycji między prawem (i Trybunałem jako najdoskonalszym epifenomenem prawa) a polityką. Im bardziej apolitycznie prezentowany jest TK, tym łatwiej przekazać mu w swoich orzeczeniach, czy wypowiedziach zasiadających w nim sędziów konkretną, partykularną treść, która dzięki zabiegom symbolicznym uniwersalizuje się. Efektywność symboliczna (a zatem władza symboliczna) Trybunału jest tak wielka, gdyż jest on widziany jako reprezentant racjonalnej wiedzy, wartości uniwersalnych, obiektywnych, służących dobru powszechnemu. W rzeczywistości narzuca w treści swoich orzeczeń [...] szereg ideologicznych wizji. Ponieważ są one narzucane z »miejsca neutralnego«, ze sfery świętości (nie zanieczyszczonej politycznie) jawią się jako neutralne i obiektywne, przez co władza symboliczna prawa pozostaje nierozpoznana również wobec samych agensów pola prawnego”, por. H. Dębska, *Władza. Symbol. Prawo. Społeczne tworzenie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2015, s. 301.

¹⁴ J. Habermas, *Faktyczność i obowiązanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2005, s. 97.

te są konsekwencją sprzeczności między komponentem liberalnym a demokratycznym w dominującym paradygmacie rządzenia¹⁵. Owa sprzeczność polega na tym, że element liberalny i demokratyczny mają zupełnie inną logikę, inne fundamenty intelektualne, a ich mariaż jest efektem zbiegu okoliczności; efektem przy tym dość nietrwałym. Komponent liberalny — racjonalistyczna i elitarystyczna zarazem wizja wolności i praw — ma tendencję do dominacji nad elementem demokratycznym. Element liberalny postrzega jako ideał racjonalistyczny konsens, mający swe źródło w wiedzy eksperckiej, a jednocześnie nakierowanej na emancypację i szanowanie indywidualnych uprawnień. Innymi słowy, zakłada, że istnieje taki zestaw poglądów i rozwiązań ustrojowych, który jest do przyjęcia przez ogół racjonalnych i prawidłowo zsocjalizowanych jednostek. Jako realny *ersatz* idealnego konsensu, liberalizm w praktyce lansuje dorobek sądów wysokich instancji oraz sprzężonych z nim dyskursów eksperckich. Ten realny, lecz zastępczy „konsens” podlega petryfikacji i neutralizacji (zapomniane zostają jego przygodne dzieje, uwikłania ideologiczne, a przede wszystkim fakt, że gdyby nie przypadek, treść konsensu byłaby zupełnie inna). Logika liberalizmu sprawia, że „konsens” jest stawiany w pozycji nieprzekraczalnego porządku usankcjonowanego rozumem i obiektywnymi prawami/wolnościami jednostek i grup. Jednakże, co nieuniknione, w ten sposób element liberalny tłumi element demokratyczny. Sprzyja temu jurydyzacja — ujęcie w ramy prawne, zwłaszcza na poziomie produkowanego w znacznej mierze przez sądy i doktrynę prawa konstytucyjnego. W ten sposób komponent liberalny ma tendencję do systematyzowania całego porządku ustrojowego i staje się kluczem rozumienia ustaw, a nawet konstytucji. Nie do końca jest przy tym istotna treść tekstu konstytucyjnego. Tekst w sytuacjach kolizyjnych, czyli gdy nie da się go interpretacyjnie „nagiąć”, musi ustąpić przed wyobrażonym, liberalnym i racjonalnym konsensem. Następuje dejurydyzacja tekstu konstytucji przy jednoczesnej konstytucjonalizacji liberalnego konsensu. Co więcej, rozrastający się zestaw liberalnych norm tłumi swobodę polityczną, separuje się od społecznych nastrojów, a w konsekwencji nagina niczym sprężynę element demokratyczny. Prędzej czy później pojawiają się siły polityczne, które odmawiają zajęcia wyznaczonej im przez liberalne prawo pozycji i odwołując się do popularnych emocji, formułują obietnice większej demokratyzacji kosztem liberalnego prawa, które trudno poddaje się ludowładczej legitymizacji. „Konsens” zostaje podważony głównie przy pomocy metod krytycznych, opartych na niewygodnych pytaniach o tożsamość, uwikłania ideologiczne. Sprzyja temu emancypacyjny uniwersalizm krytyki, która może stać się „skrzynką z narzędziami” zarówno dla lewicowej emancypacji, jak i konserwatywnego rewolucjonizmu. Krytyka ujawnia słabość i iluzoryczność „mariażu” liberalizmu i demokracji, co zdaniem Mouffe i Laclau musi go ostatecznie rozerwać.

¹⁵ E. Laclau, Ch. Mouffe, *Hegemony and Socialist Strategy: Towards a Radical Democratic Politics*, London 1985, *passim*.

Druga linia argumentacyjna, o bardziej socjologicznym charakterze i nieco mniej eschatologicznej konkluzji, została sformułowana przez Artura Kozaka. W jego opinii alienacja społeczna prawa jest wpisana w logikę zmian społecznego podziału pracy, a reakcja populistyczna jest wynikiem pewnego błędu — popularyzacji wśród członków umasowionego (w sensie gassetowskim) społeczeństwa przekonania, że wyłączenie „ludu” z kontroli nad prawem mogło się nie dokonać i jako takie jest odwracalne. Te błędne przekonania są wykorzystywane przez polityków do budowy poparcia politycznego. Częściowo winny jest także nieco przedawniony i przeideologizowany słownik współczesnej polityki demokratycznej i współczesnego dyskursu konstytucyjnego. Politycy i konstytucjoniści wciąż posługują się pojęciami i koncepcjami suwerenności oraz ludowładztwa, które oparte są na fikcji reprezentacji i wyrażania woli politycznej, choć nauka wykazała utopijność tych koncepcji, a realne demokracje ewoluowały w kierunku skomplikowanych i sprofesjonalizowanych systemów wzajemnie powiązanych kompetencyjnie instytucji. A. Kozak pisał:

Tradycyjne koncepcje demokracji i przedstawicielstwa sprawiły, że politycy chętnie czują się wyłącznymi depozytariuszami władzy. W końcu tylko oni poddają się testowi wyborczemu. Ośrodki władzy opartej na legitymacji merytokratycznej, jak sądy czy służba cywilna, wydają się im być jakąś swoistą „anty-władzą”, „nie-władzą” istniejącą wyłącznie jako antyteza ich prawdziwej, bo demokratycznej władzy. To anachroniczny i błędny pogląd. Władzę publiczną stanowią wszystkie te struktury razem i we wzajemnych powiązaniach. Każda z tych struktur ma do spełnienia właściwe sobie funkcje. Cała machina jest tylko tak silna, jak silne jest jej najsłabsze ogniwo. Kto więc próbuje umocnić wyłącznie jakiś fragment władzy publicznej, np. władzę wykonawczą, zwłaszcza kosztem innych władz, np. sądowniczej czy ustawodawczej, wcale nie umacnia władzy i demokracji, lecz wręcz przeciwnie — osłabia je. Wszyscy znajdujemy się w warunkach kryzysu ładu instytucjonalnego. Zagroza nam to samo nieszczęście. W takich okolicznościach możliwe są dwie strategie: kooperacja zagrożonych albo działanie w myśl zasady „ratuj się, kto może”. Niestety, wydaje się, że współczesna polityka wybrała tą (sic!) drugą możliwość. Współczesna demokracja wybrała drogę schlebienia człowiekowi masowemu i przystosowania się do jego „migotliwej osobowości”. To nieuchronnie pcha ją w stronę populizmu. Odnosi się wrażenie, że wielu polityków postanowiło wraz z masami podważać ład instytucjonalny współczesnego społeczeństwa, w przekonaniu, iż w ten sposób uda im się przynajmniej ocalić to, co uważają za jego najważniejszy element — demokratyczną politykę. Ale zachowują się oni jak rozbitek, który w panice próbuje ratować własne życie, używając jako oparcia i wypychając pod wodę swego towarzysza. Głębina pod nimi jest wystarczająco duża, by pochłonąć ich wszystkich¹⁶.

Co ciekawe, jako efekt umasowienia (w Gassetowskim sensie) podejścia do filozofii Kozak przedstawiał także postmodernizm i myśl krytyczną. Odpowiedzią na zagrożenia miała być w jego mniemaniu tzw. postponowoczesna koncepcja prawa¹⁷. Nie ma tutaj miejsca na omawianie tej niewątpliwie ciekawej teorii. Poprzestanę na stwierdzeniu, że świadomy znaczenia filozoficznych przemian i za-

¹⁶ A. Kozak, *Kryzys podstawności prawa*, <http://snauka.pl/artur-kozak-uniwersytet-wrocawski-kryzys-podstawnoci-prawa.html?part=2> (dostęp: 1.03.2017).

¹⁷ A. Kozak, *Postponowoczesna koncepcja prawa*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność*, red. M. Błachut, Wrocław 2007, s. 68 n.

sadności związanej z nimi krytyki prawoznawstwa, w tym konstytucjonalizmu, autor postulował nieco w duchu Rorty'owskim akceptację skonwencjonalizowanego *status quo* przy jednoczesnym porzuceniu prób jego demokratycznego uzasadnienia. Gdy idzie z kolei o dyskurs prawniczy, w tym dyskurs konstytucyjny, sugerował stłumienie zwątpienia i podporządkowanie się prawniczym imperatywom instytucjonalnym, czyli wzmocnienie prawniczej dyscypliny i reguł dyskursu. Maciej Pichlak nazywa tę postawę w nieco konfesyjnym duchu „cierpliwością wobec prawa”:

juryscentryzm jest więc wiarą, która przeszła próbę wątpliwości i sceptycyzmu, proponując odpowiedź na te ostatnie. Juryscentrycznie zorientowanego prawnika nie odróżnia to, że pozostaje ślepy i głuchy na możliwe wobec prawa obiekcje, na słabości własnego obiektu wiary i płynące stąd wątpliwości, ale że oprócz nich dostrzega w porządku prawnym coś jeszcze, jakąś szczególną wartość, która czyni go mimo wszystko wiarygodnym¹⁸.

Sam Kozak uzasadnienie swojej koncepcji budował jednak nie tyle na wiarygodności prawa, ile raczej na strachu:

Niszczycielska siła antyfundacjonizmu i sceptycyzmu pozostawiła po sobie zgliszcza. Co można na nich budować? Nie da się już przywrócić do życia uniwersalnych idei Zła ani Rozumu. Trzeba odwołać się do tego, co podstawowe i właściwe każdemu żywemu stworzeniu: do instynktu samozachowawczego. Każdy chce przetrwać w stałej formie. I to jest punkt wyjścia dla postponowoczesnej koncepcji prawa: owszem, wszystko jest konwencją. Ale jeżeli chcemy jako społeczeństwo przetrwać w obecnej formie, to niektóre z nich musimy uznać za konieczne i bezdyskusyjne. To nie jest kwestia Prawdy i Błędu, Dobra i Zła, Władzy i Wolności. To jest kwestia Życia i Śmierci¹⁹.

Jako najbardziej prawdopodobny skutek osłabienia przez teorie krytyczne dyskursywnych reguł Kozak wskazywał tendencje autorytarne, a nawet totalitarne, które określał jako „spazmatyczne próby odzyskania pewności i prawomocności według reguł gry określonych przez Oświecenie”²⁰. Oto w znanych nam z niedawnej historii systemach totalitarnych „suweren”, zupełnie realny w sensie empirycznym, wytwarzał prawo stawiające rzeczywisty opór, a lojalność nauczycielsko-sądowo-urzędniczych kadr zapewniała prawu „obiektywność” wspieraną skutecznymi metodami eliminacji bądź reedukacji wątpliwych i myślących inaczej. Kreatorzy totalitaryzmów mniej lub bardziej świadomie zinternalizowali tezę, że skuteczny *ersatz* nieideologiczności i apolityczności można osiągnąć tylko przez całkowite podporządkowanie systemu jedynie słusznej ideologii. W pewnym uproszczeniu, zdaniem A. Kozaka, społeczeństwa współczesne stoją przed alternatywą: albo szeroka akceptacja społeczna dla legitymowanej profesjonalnie i niedającej się wpisać w demokratyczne opowieści władzy prawników (co może się udać tylko wtedy, gdy sami prawnicy stłumią w sobie wątpliwości i podporządkują się dyscyplinującej władzy profesjonalnych dyskursów) z całą

¹⁸ M. Pichlak, *Artura Kozaka cierpliwość wobec prawa*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 3, 2014, nr 1, s. 242.

¹⁹ A. Kozak, *Postponowoczesna...*, s. 72.

²⁰ *Ibidem*, s. 70.

świadomością jej mocno konwencjonalnych fundamentów, albo staczanie się w kierunku totalitaryzmu bądź przynajmniej dyktatury polityków dysponujących większością w kolejalnych organach prawodawczych.

Najsłabszym ogniwem tej teorii jest jednak, w moim przekonaniu, zbyt mocne pokładanie wiary w siłę prawniczych imperatywów instytucjonalnych czy inaczej — w siłę reguł prawniczych dyskursów profesjonalnych. O ile realne zaufanie społeczne do profesjonalnych prawników jest w opinii socjologów prawa wcale nie tak niskie, jak zdaje się wynikać z popkulturowych stereotypów²¹, o tyle poziom lojalności wobec imperatywów instytucjonalnych, jak uczy choćby polska praktyka ostatnich kilkunastu miesięcy, jest oględnie mówiąc różny. Wydaje się, że wpływ na to ma choćby kapitalistyczne (zarówno w sensie gospodarczym, jak i politycznym) otoczenie, które z elastyczności i umiejętności instrumentalizacji prawa czyni cnotę. W moim przekonaniu istnieje ewidentna sprzeczność pomiędzy „jursycentryzmem” a wymogami, które wobec prawników formułuje gospodarczo-polityczny *entourage*. Od prawników wymaga się przede wszystkim dyspozycyjności wobec biznesowego czy politycznego klienta. Od tego niejednokrotnie zależy realna kariera, może poza specyficznym światem akademii. W tym kontekście przed „zemstą postmodernizmu”, a w zasadzie przed tryumfem polityczności, trudno znaleźć drogę ucieczki, która nie byłaby tą politycznością skażona. Innymi słowy, jedyną sensowną reakcją na prawdopodobną drogę ku totalitarnej przemocy jest także przemoc — przejęcie oręża przeciwnika, zwanie szeregow i „nawracanie siłą”. Takie stanowisko zyskuje na popularności: trzeba stanąć do politycznej walki o kształt i reguły dyskursu, eliminować inaczej myślących, szermować środowiskowymi sankcjami. Do tego zdaje się wzywać M. Safjan, przez wielu uznawany za symbol polskiego konstytucyjnego „ancien regime’u”:

Należy też wyraźnie stwierdzić, że wszyscy prawnicy, którzy opowiadają się za niszczeniem państwa prawa, tworzą teoretyczne uzasadnienia dla nielegalnych decyzji i procedur, godzą się na uczestnictwo w procesie destrukcji sądownictwa konstytucyjnego, muszą mieć świadomość tego, że historia kiedyś ich rozliczy i oceni ich postępowanie sprawiedliwie. Czasem liczą się symboliczne gesty i postawy, one także przecież kształtują opinie i zachowanie środowiska oraz stanowią ważny punkt odniesienia dla tych wszystkich, którzy chcąc dać świadectwo prawdzie, przedkładają wartości nad oportunizm. [...] Nikt nie zniszczy społeczeństwa obywatelskiego, które samo czuje swoją wartość i potrafi zachować oraz obronić swoją wolność²².

Odwołując się do teoretycznych nazwisk-symboli w poszukiwaniu metafory adekwatnej do opisu aktualnej sytuacji i propozycji jej zmiany, można stwierdzić, że jedyną receptą na obronę *status quo* wydaje się kultywowanie Kelsenowskich pozorów przy pomocy Schmittowskich metod. Spór Schmitta z Kelsenem sprzed

²¹ Por. teksty i analizy zawarte w opracowaniach: *Sądy w opinii społeczeństwa polskiego*, red. M. Borucka-Arctowa, K. Pałeczki, Kraków 2003; oraz *Wartości a sukces zawodowy prawników. Granice kompromisu?*, red. E. Łojko, M. Dziurnikowska-Stefańska, Warszawa 2011.

²² M. Safjan, *Wyzwania dla państwa prawa*, <http://liberte.pl/wyzwania-dla-panstwa-prawa/> (dostęp: 1.03.2017).

prawie wieku miał charakter fundamentalny dla reguł dyskursu konstytucyjnego w kontynentalnej Europie. Liberalny Kelsen zdawał się wierzyć w to, że prawo może stanowić formę niepolitycznego suwerena. Schmitt w swojej *Nauce o konstytucji* oraz w innych pracach mocno zwalczał ten pogląd, podkreślając przede wszystkim fakt, że pojęcia prawne są mocno uwikłane w żywioł polityczności, a przewaga prawa wobec polityki jest czystym pozorem. Nie trzeba czytać między wierszami, by odkryć totalitarną tęsknotę niemieckiego filozofa za homogenicznym ludem zjednoczonym wobec wroga wskazanego i zdefiniowanego przez suwerena z krwi i kości. Dla takiego ludu konstytucja pisana jest tylko narzędziem realizacji polityki. Z kolei polityka to nic innego, jak skuteczna walka z wrogiem²³. Upraszczając nieco sprawę, można stwierdzić, że M. Safjan i podobnie myślący prawnicy proponują również, jako receptę na Schmittowskie podejście konserwatywnych krytyków, Schmittowską plemiennność i totalizację. Być może rzeczywistość jest to jedyne rozwiązanie, choć konstatacja ta ma wymiar bardzo tragiczny dla kelsenizmu pojmowanego tutaj jako synonim poważnego traktowania reguł prawniczego dyskursu, uznawanych za zdolne do ujarznienia polityczności.

Oczywiście Schmittowską przemoc w obronie kelsenizmu można próbować ująć w innych słowach — jako reedukację, przekonywanie czy, jeśli posłużyć się narracją A. Kozaka, wspieranie wierności prawniczym imperatywom. Nie zmienia to jednak faktu, że chodzi tu o to, by, jak rzecz ujął w swoim studium o przemocy R. Cover, „dyskursywnie zniszczyć konkurencyjne światy normatywne przez podszytą przemocą interpretację”²⁴. I na tym polega „zemsta postmodernizmu”, która jest raczej tryumfem polityczności. Zmusza ona do przyznania, że polityczność i szeroko rozumiana przemoc jest w stanie z łatwością wnikać tam, gdzie prawnicy nie chcą jej wpuścić, a mówiąc jeszcze mocniej, że polityczność była i jest obecna tam, gdzie zwykle nie była dostrzegana. „Zemsta” ukazuje wyraźnie, że apolityczność w praktyce oznacza przyjęcie postaw dominujących w obrębie określonej wspólnoty, co z zewnątrz łatwo poddaje się krytyce. Co ciekawe, dla konstytucjonalizmu, jeśli spojrzeć nań diachronicznie, takie twierdzenia i styl myślenia nie są egzotyczne. Dyskurs konstytucyjny, jak dowodziłem w innych pracach, od początku swej unaukowanej postaci opierał się niejako na dwóch filarach — naturalistycznym politologicznym realizmie oraz podejściu normatywistycznym, które wraz z ekspansją sądownictwa konstytucyjnego stało się podejściem dominującym, choć nigdy bezkonkurencyjnym.

Wydaje się, że „zemsta postmodernizmu” będzie sprzyjać ostremu zwrotowi w kierunku podejścia politologicznego. Największym przegranym z pewnością będzie kelsenizm (w przyjętym wyżej, metaforycznym rozumieniu), ale konstytucjonalizm może czerpać z bogatej tradycji. Przykładowo w niemieckiej myśli

²³ C. Schmitt, *Nauka o konstytucji*, Warszawa 2013, przeł. M. Kurkowska, R. Marszałek, *passim*, zwłaszcza rozdział X i XI.

²⁴ R.M. Cover, *Violence and the world*, „Yale Law Journal” 1986, nr 8, s. 1603, 1608.

prawniczej, która stanowiła przecież podstawowe i najlepsze chyba środowisko do rozwoju zdyscyplinowanych i sformalizowanych dogmatyk, pozytywizm prawniczy, choć budował hegemoniczny mainstream, miał zawsze konkurencję. Jak pisze M. Stolleis, dogmatyczny pozytywizm prawniczy w wersji „konstytucyjnej”, rozwiniętej przez C.F. von Gebera i P. Labanda w latach 1855–1875, ustalił znaczenie naukowości na długie lata i stanowił nurt przewodni prawa konstytucyjnego uprawianego naukowo (do tego nurtu autor zalicza także dominujący później kelsenowski normatywizm). Jednakże w ramach profesjonalnej wspólnoty konstytucjonalistów funkcjonowali przez dziesięciolecia socjologisci (L. Gumplowicz, G. Ratzenhofer, F. Oppenheimer, A. Menger), zwolennicy mocno romantycznego podejścia organologicznego (C. Bornhak) zakorzenionego w starym myśleniu historystów czy „moralisci” w rodzaju E. Kaufmanna oraz decyzyjniści na czele z C. Schmittem²⁵. Podobnie sytuacja przedstawiała się we Francji. Obok podejścia egzegetycznego, które reprezentowali już pierwsi szefowie katedr prawa konstytucyjnego, utworzonych w latach 30. XIX wieku — H. Guizot i P. Rossi, a za nimi późniejsi prominentni pozytywiści (Eschbach, Pradier-Fodéré, Esmein), funkcjonował przecież nurt socjologiczno-politologiczny (rozwinięty we wpływowej twórczości L. Duguita i instytucjonalisty M. Hauriou)²⁶. Również nasz rodzimy dyskurs konstytucyjny, jak dowodzi w swym raporcie o stanie nauki prawa konstytucyjnego K. Wojtyczek, ma bogate tradycje realistyczne²⁷. Myślę zatem, że dyskurs konstytucyjny ma instrumenty, by próbować zmierzyć się z nowymi zjawiskami, choć wymaga to głębokich przewartościowań w sposobach myślenia. Na zakończenie, chcąc uniknąć zajęcia wyraźnego stanowiska wartościującego i jawnie politycznego, poprzestanę na konstatacji, że „zemsta postmodernizmu” dobitnie zaprzeczyła tezie o końcu historii, także historii konstytucjonalizmu.

CONSTITUTIONALISM AND THE „REVENGE OF POSTMODERNISM”

Summary

The main purpose of this article is to discuss the current situation of constitutional discourse as a result of „Revenge of postmodernism”. This „Revenge” shows itself in taking over the methods of the leftist critique of democratic institutions by the radical right. This „Barbarization” of subtle

²⁵ M. Stolleis, *Dans le ventre du Leviathan, la science allemande du droit constitutionnel sous le national-socialisme*, „Astériorion” 2006, nr 4, s. 102–103.

²⁶ F. Luchaire, *De la méthode en droit constitutionnel*, Paris 1981, s. 275 n.; M. Prélot, J. Boulois, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris 1990, s. 32 n.

²⁷ K. Wojtyczek, *Polska nauka prawa konstytucyjnego na przełomie wieków. Referat wygłoszony na 51. Zjeździe Katedr Prawa Konstytucyjnego w Warszawie w 2009 r., [w:] 20 lat transformacji ustrojowej w Polsce. Materiały 51. Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego (Warszawa, 19–21 czerwca 2009 r.)*, red. M. Zubik, Warszawa 2010, s. 23.

methods of left-wing criticism leads to far-reaching consequences unforeseen by its founding fathers — Michel Foucault, Jacques Derrida or Judith Butler. The author, using various theories formulated by Chantal Mouffe, Ernesto Laclau and Artur Kozak, seeks to explain this phenomenon and to show its implications for the future evolution of the constitutional discourse.